

عقد ال BOT في القانون الجزائري

بن ديدة نجاة

أستاذة محاضرة - قسم ب - كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس

المقدمة:

تقويض المرفق العام، ويعني بكل دقة خصوصية التسيير والاستغلال، عرف عدة أوجه وأنواع من العقود، ومن أهم النماذج التي يجب دراستها والتطرق إليها هو عقد ال BOT، الذي أصبح له صبغة دولية تماشيا مع العولمة خاصة في مجالات: الاستثمار البترولي والطرق السريعة والماء والكهرباء، والاتصالات السلكية واللاسلكية، وما تحتاجه من تطور علمي وتكنولوجي وتطوير الأساليب للوصول وبدون شك للجودة المرجوة تماشيا مع الوعي الاجتماعي¹.

لذا ظهرت الحاجة إلى إبرام مثل هذه العقود وإدراجها ضمن أحد أحدث أساليب إدارة المرافق العامة. فما هي أبرز المفاهيم القانونية التي يحملها هذا العقد ؟ (المبحث الأول) وماذا عن أحكامها في التشريع الجزائري؟ (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفاهيم عامة حول عقد البوت في التشريع الجزائري

تزايدت مع ظهور العجز المالي في العديد من الدول، ضرورة تطبيق آليات جديدة لتنشيط استثمارات القطاع الخاص في مشاريع البنية الأساسية. خاصة أن موجة التحرر الاقتصادي التي عرفها العالم في العشرية الأخيرة من القرن العشرين كانت بمثابة أرضية خصبة لدعم مثل هذا التوجه، لتظهر بذلك عقود البوت كأحد وسائل عملية الخصخصة التلقائية، وإن كانت مؤقتة، فهي تحافظ على الأملاك العامة للدولة مع ضمان تطويرها وتحديثها. وقد حرص العديد من الشراح الذين تصدوا للتعريف لعقود البوت، على إظهار دور الدولة أو الحكومة، كمتعاقد أساسي مع أحد الاتحادات المالية الخاصة التي تشكل شركة المشروع.

فما هو المفهوم القانوني للعقد البوت؟ وما هي أهم خصائصه ودوافع التي أدت إلى ضرورة إتباعه كأسلوب أساسي لتسيير بعض من المرافق العامة؟ وما هو موقف المشرع الجزائري منه؟ (المطلب الأول)، ماذا عن طبيعته القانونية؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم عقد البوت

من خلال هذا المطلب يتم التعرض إلى تحديد المعنى القانوني للعقد البوت وموقف المشرع الجزائري منه، ثم يتم تحديد خصائصه القانونية.

¹ أ. ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص 142.

الفرع الأول: المعنى القانوني للعقد البوت

أولاً: تعريف عقد البوت

"هو عقد إداري حديث، يستهدف القيام بمشاريع ضخمة تعهد بها الدولة إلى إحدى الشركات الوطنية والأجنبية، للقيام بإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها الخاص، مدة من الزمن، على أن تلزم بنقل ملكيته إلى الدولة، أو الهيئة العامة، بعد انقضاء المدة المتفق عليها¹."

واصطلاح البوت هو اختصار للكلمات الانجليزية الثلاث:

- البناء Build، التشغيل Operate، نقل الملكية Transfer، ويقابلها بالفرنسية C.E.F، البناء Construire، الاستغلال Exploiter، نقل الملكية Transférer.

واصطلاح البوت إذن يدل على تلك المشاريع التي تمنحها الدولة عن طريق "الامتياز" إلى القطاع الخاص، بهدف إقامة وبناء المرفق الذي قررت الدولة أن يكون مرفقا عاما يجب ضمانه من طرف الدولة، ثم تشغيل هذا المرفق واستغلاله، وذلك لمدة معينة تسمح باسترجاع ما أنفق، خاصة وأنه في أغلب الأحيان تهم عقود الBOT البنية التحتية، وهياكل قاعدية ضخمة، تنقل بعد هذه المدة الملكية إلى الدولة أو أحد أشخاص القانون العام.

في الحقيقة لا يوجد تعريف دقيق لعقد البوت، فقد عرفته لجنة الأمم المتحدة للقانون النموذجي (الأونسترال) بأنه:

"عقود البوت شكل من أشكال تمويل المشاريع، تمنح بمقتضاه دولة ما، لفترة من الزمن، وعندئذ تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وإدارته لعدد من السنوات، فتسترد تكاليف البناء، وتحقق أرباحا من تشغيل المشروع واستثماره تجاريا، وفي نهاية المدة تنقل الملكية إلى الدولة"².

كما يقدم الأستاذ محمد عبد المجيد اسماعيل تعريفا لعقد البوت "نظام من نظم تمويل مشروعات البنية الأساسية، حيث تعتمد الدولة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص، يطلق عليه تسمية (شركة المشروع) بموجب اتفاق بينهما يسمى (اتفاق الترخيص)، تلتزم شركة المشروع بمقتضاه بتصميم وبناء مرفق من مرافق البنية الأساسية ذات الطابع الاقتصادي خاصة، ويرخص لشركة المشروع بتملك أصول هذا المشروع وتشغيله بنفسها، أو عن طريق الغير، ويكون عائد تشغيل المرفق خالصا لها، على نحو يمكنها من استرداد تكلفة المشروع، ويحقق هامش ربح طول مدة الترخيص"³.

ومهما تعددت تعاريف الفقهاء وحتى القانونية للعقد البوت إلا أنه يظل عقدا إداريا يستثمر فيه الخواص في مجال من المجالات التي قررت السلطات العمومية أنها مرافق عامة يجب ضمانها، وذلك ببناء المرفق وتوفير كافة التجهيزات اللازمة لسيره وكذا القيام بأعمال الصيانة واستغلاله الكامل ولمدة تسمح له باسترجاع قيمة الاستثمار وتحقيق الأرباح التي

¹ أ. ضريفي نادية، المرجع السابق، ص 142. القاضي النياس ناصيف، عقد الBOT، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006، ص 81.

² قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، الأمم المتحدة، فيينا، 2008.

<http://www.uncitral.org/pdf>

³ د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، دار الكتاب، مصر، 2003، ص 53.

تعتبر المحرك الأساسي للخواص، وبعد ذلك يتم تحويل هذا المرفق للدولة أو الهيئة العمومية المعنية، فهو وجه من أوجه تفويض المرفق العام للخواص حتى ولو طال مدة الاستغلال، ويكون هذا التحويل دون مقابل مالي.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من عقود البوت

إذا كانت الجزائر لم تعرف في قوانينها تسمية "بوت"، فإنه يمكن استخلاص أربع الملاحظات الأساسية تبرز موقف المشرع الجزائري المبهم من الجهة ومتذبذب من جهة أخرى، وذلك لأنه لم يخص هذا العقد بالتشريع المتميز بتميز المرفق العام، بل أنه جعل معظم أحكامه تنصهر ضمن قانون الصفقات العمومية، وتشمل بعض المشاريع الأساسية (البنية التحتية) بأحكام عامة تقتدر للحماية القانونية:

1- بالرجوع إلى قانون المياه نستشف صيغة من صيغ هذا العقد، وذلك في نص المادة 17 منه¹، التي جاء فيها - تحديدا لمكونات الأملاك العمومية الاصطناعية للمياه- على أنه: " تخضع كذلك للأملاك العمومية الاصطناعية للمياه، المنشآت والهياكل التي تعتبر ملكا يرجع للدولة بدون مقابل بعد نفاذ عقد الامتياز أو التفويض للإنجاز والاستغلال، المبرم مع شخص طبيعي أو معنوي خاضعا للقانون العام أو القانون الخاص". وباستقراء نص المادة، نلاحظ توفر جميع العمليات أو المراحل المتضمنة في تنفيذ عقود البوت وهي: الانجاز أو البناء، والاستغلال، وبعدها رجوع المنشآت إلى أملاك الدولة بعد نفاذ عقد الامتياز أو التفويض. وقد استعملت الدولة هذه الصيغة بالأخص في مجال تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح والمعادن من المياه المالحة²، وذلك بتشجيع من " الشركة العامة الجزائرية للمياه" التي أخذت على عاتقها مسؤولية تنفيذ السياسة الوطنية بتنمية وتسيير قطاع المياه في الجزائر، وفي هذا المجال، وقعت شركة مياه تيبازة عقدا مع الشركة الكندية والاسبانية بقيمة 150 مليون دولار من أجل تصميم وإنشاء ثم تشغيل (DBOOT) محطة تحلية مياه البحر، وذلك لمدة 25 عاما³.

2- يحمل مصطلح " الامتياز" المنصوص عليه في القانون المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات⁴ نفس المعنى، إذ جاء في نص المادة 2 على أنه: "...الامتياز حق تمنحه الدولة لمعامل يستغل بموجب شبكة ويطورها، فوق

¹ قانون رقم 05-12 مؤرخ في 4 غشت 2005، يتعلق بالمياه، (ج.ر.ج.ج. عدد 60، المؤرخة في 4 سبتمبر 2005).

² تميزت أغلب مشاريع إنشاء وتشغيل محطات تحلية مياه البحر بالجزائر، بالاعتماد على الشركات الأساسية منذ سنة 2004، والمستعملة للتكنولوجيات الفرنسية والأمريكية التي حضيت على الثقة العالمية لخبرتها الواسعة في هذا المجال، ومن أهم مشاريعها: إنشاء وتشغيل وصيانة محطة تحلية المياه بمستغانم بتكلفة 100 مليون دولار، وذلك لمدة 25 عاما بمساهمة الوكالة الجزائرية للطاقة (A.E.C.) أنظر في ذلك: BENACHNHOU (A), "Les nouveaux investisseurs", Alpha Design, 2006, p. 76-77.

³ تعد المجموعة الكندية SNC Lavalin من الشركات البارزة في مجال إنشاء وتشغيل البنية التحتية (المياه، الكهرباء، الطرق)، استثمرت ما يقارب 15 مليار دينار في ثلاثة مشاريع لشركات تنموية (شركة كهرباء سكيكدة، وشركة حجرة النوس، وكذا محطة تحلية المياه بزراندة مع الشركة الاسبانية (ENIMA AQUALLA)، أنظر في ذلك:

BENACHNHOU (A), op.cit., p. 151.

⁴ قانون رقم 02-01 مؤرخ في 5 فبراير 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع القنوات، (ج.ر.ج.ج. عدد 08، المؤرخة في 6 فبراير 2002). وتطبقا للمواد 73 و77 و78 من هذا القانون، صدر المرسوم التنفيذي رقم 08-114 المؤرخ في 9 أبريل 2008، يحدد كفاءات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الإمتياز وواجباته، (ج.ر.ج.ج. عدد 20، المؤرخة في 13 أبريل 2008). وكذا المرسوم التنفيذي رقم 10-138 المؤرخ في 13 مايو 2010، المحدد للقواعد التقنية لتصميم واستغلال وصيانة شبكات توزيع الكهرباء والغاز (ج.ر.ج.ج. عدد 33، المؤرخة في 19 مايو 2010).

إقليم محدد ولمدة محددة، بهدف بيع الكهرباء أو الغاز الموزع بواسطة القنوات". وأضافت المادة 7 أنه: "ينجز المنشآت الجديدة لإنتاج الكهرباء ويستغلها كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص أو العام، حائز رخصة للإستغلال".

النتيجة القانونية المتوخاة من ذلك هو أن المشرع الجزائري أورد المراحل المتضمنة في عقود البوت وهي: الإنجاز والاستغلال، ثم إعادة المشروع للدولة باعتبار أن توزيع الكهرباء والغاز نشاطا للمرفق العام، طبقا للمادة الثانية من نفس القانون¹.

3- يتجلى من الواقع العملي أن أغلب العقود التي تبرمها الجزائر مع المؤسسات الأجنبية بصيغة الإنشاء والتشغيل، تكون بمساهمة الرأس المال الوطني بنسبة معتبرة²، وهو الأمر الذي يعتبر من التطبيقات الخاطئة لعقود البوت، كونها تتناقض مع الفلسفة التمويلية لهذا النظام من جهة، ويجعلها تقترب أكثر للدخول في نطاق عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص من جهة أخرى. رغم أنه قد فتح المجال للتعاقد بأسلوب البوت بموجب إصداره للأمر رقم 08-04³، المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية.

4- إذا كان المشرع الجزائري قد عرف الصفقات العمومية على أنها عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم قصد إنجاز الأشغال، واقتناء المواد، والخدمات، والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة، وهو ما جاءت به المادة 4 من قانون الصفقات العمومية⁴، كما حدد بوضوح العمليات التي تشملها الصفقات العمومية في نص المادة 1/13 من ذات القانون، ومن بينها: إنجاز عملية الأشغال، وتقديم الخدمات، التي إذا ما اجتمعت في يد متعاقد واحد تشكل صفقة عمومية، تشمل على العمليات التي يتضمنها عقد البوت، وبما أن الجزائر تتدخل عادة بنسبة معينة من المال في تمويل مشاريعها، فإن الصفقة بذلك تكون محل مصاريف بالنسبة لأحد الأشخاص العامة المتعاقدة الواردة في المادة 1/2 من ذات القانون. وبالتالي يمكن أن تنطبق أحكام قانون الصفقات العمومية على هذا النوع من العقود، بالأخص عند غياب نص خاص في المجال المرغوب التعاقد في شأنه بنظام البوت، وذلك مع ضرورة مراعاة خصوصيات هذا النوع من العقود لأن قانون الصفقات العمومية لا يتضمن على جميع الأحكام التي تنظم عقود البوت وتغطي مفهومها، خاصة أنه وضع أساسا لتنظيم عقود الأشغال العامة، وهذه الأخيرة تختلف عن عقود البوت.

¹ أبرمت في هذا الميدان شركة كهرباء سكيكدة، التابعة لشركات عمومية وهي سوناطراك وسونلغاز والوكالة الجزائرية للطاقة عقدا مع مجموعة الشركات الكندية بقيمة 600 مليون دولار، لتصميم وإنشاء وتشغيل محطة لتوليد الكهرباء لمدة 12 سنة، مع إمكانية تجديد العقد لنفس المدة، وهذا المشروع هو الأول الذي ينشأ وفقا للقانون رقم 01-02.

² BENACHNHOU(A), op.cit., p. 151.

³ الأمر رقم 04-08 مؤرخ في 1 سبتمبر 2008، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، (ج.ر.ج.ج. عدد 49، المؤرخة في 3 سبتمبر 2008). وكذا المرسوم التنفيذي رقم 09-152 مؤرخ في 2 مايو 2009، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، (ج.ر.ج.ج. عدد 27 المؤرخة في 6 ماي 2009).

⁴ مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، (ج.ر.ج.ج. عدد 58، المؤرخة في 7 أكتوبر 2016).

الفرع الثاني خصائص عقد الBot ودوافع وجوده

أولاً: خصائص عقد البوت

من خلال المفهوم القانوني للعقد البوت يمكن أن نستنتج أن عقود البوت تتميز بأنها:

- طريقة جديدة لإنشاء وتمويل المرافق العمومية.
- استرداد قيمة الاستثمار وتحقيق الأرباح هي التي تحكم مدة الاستغلال، الذي يحرك ويشجع الخواص، الذين يحكمهم بلا شك الربح والمردودية الاقتصادية.
- عقد البوت هو حل وسط بين خصوصية المرفق العام والتخلي عنه للخواص، وبين تولي الدولة لهذا المرفق، فهو يجمع محاسن الحلين.
- ارتباط عقود البوت بمشاريع البنية التحتية على المدى الطويل.

ثانياً: حاجة إلى عقود البوت:

يعد لجؤ الدولة إلى إبرام مثل هذه العقود، ضرورة من أجل التخفيف من الأعباء المالية التي تتحملها ميزانيتها، على أساس أن إنشاء بنية تحتية أساسية بالنسبة للدولة النامية، يتطلب منها رؤوس أموال ضخمة يجعلها تلجأ إلى الاقتراض من الخارج، مما يزيد من مديونتها ويؤدي إلى عرقلة عملية التنمية، والعجز عن تلبية الاحتياجات الأساسية للمجتمع على أن اللجوء إليها لا يرتبط بالدول النامية فحسب، وإنما هو أيضا وسيلة تلجأ إليها الدول الصناعية، نظرا لأهميتها الاقتصادية التي تنعكس على الحكومات وعلى المستثمرين الخواص، وبهذا فإنها تسعى إلى تخفيض الضغط على الميزانية العامة للدولة، وتجنب القروض الداخلية والخارجية، والحصول على تكنولوجيا جديدة وإدخالها إلى القطاع العام، إلى جانب تنفيذ واستغلال مرافق عامة ضخمة وأساسية بأقل التكاليف. وبهذا تضمن مشاركة القطاع الخاص ايجابيا في التنمية العمومية وترقية نوعية الخدمة العمومية، من الجهة، والحاجة إلى صيانة البنى التحتية للمرافق العمومية، والحاجة إلى التجديد من الجهة الثانية.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للعقد البوت

إذا علمنا أن العقود المبرمة بين الدول وبين الأشخاص الوطنية الخاصة في إطار القانوني الداخلي تثير العديد من المشاكل القانونية، فإنها بالتأكيد تتضاعف إذا كانت هذه العقود قد تمت بين الدولة وبين شخص خاص أجنبي¹، وهو الناتج أساسا عن التفاوت في المراكز القانونية والقوة الاقتصادية لأطرافها وما يتولد عن ذلك مما يثار بالأخص مع ما تتميز به العقود التي تستهدف التنمية الاقتصادية الأمر الذي أدى إلى إثارة اختلافات فقهية بشأن تكييفها القانوني. فظهرت بذلك ثلاثة اتجاهات فقهية متميزة على النحو التالي:

¹ أ. السيد الحداد حفيظة، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 468 وما بعدها.

أولاً: اعتبار عقود البوت عقود إدارية، يذهب فقه القانون العام إلى اعتبار عقود البوت عقوداً إدارية، بالأخص إذا عرفنا أنه لم يبتعد في وصفه إياها عن كونها نظام الامتياز في صورته الجديدة، أو أنها صورة من صور عقود الشراكة أو من عقود الأشغال العامة، وهي تشكل مجمل العقود الإدارية التي يعرفها القانون. حيث أن الدولة أحد أطرافها وترد دائماً على مرفق عام، إذ تنصب هذه العقود على مشروعات عامة، إضافة إلى انطوائها على شروط استثنائية تفرضها الدولة المضيفة وتجعل منها شرطاً لقبول منح الامتياز، تتمثل في إجراءات أحادية الجانب تنفرد الدولة باتخاذها حيال هذه العقود تحقيقاً للمصالح العام، وأنه لا ينال من ذلك التوسع النسبي في الشروط التعاقدية التي تشمل عليها عقود البوت بقصد تشجيع الاستثمار¹.

ثانياً: اعتبار عقود البوت من عقود القانون الخاص، يرى جانب من الفقه أن عقود البوت من عقود الإدارة العادية²، ومن ثم فهي تخضع لقواعد القانون الخاص. فالصفة الاقتصادية لعقود البوت ومتطلبات التجارة الدولية، وأسلوب الخصخصة المتبع في البلدان النامية، يفرض على الدولة أن تنزل للتعاقد شأنها في ذلك شأن الأفراد العاديين، وذلك باستعمال أساليب القانون الخاص، استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر العقد شريعة المتعاقدين، وبذلك فلا يجوز لأي من طرفيه الاستعلاء على الطرف الآخر بما له من امتيازات قد يستمدّها من نصوص القانون العام.

و تأكيداً للمساواة بين طرفي العقد، فإن شركة المشروع تتمسك في بعض الأحيان بعدم تطبيق نصوص قانون معين على المشروع، لتجد الدولة نفسها مضطرة إلى قبول الانصياع وتهيئة البيئة التشريعية الملائمة قبل الدخول في المفاوضات. كما أن بعض العقود تنص صراحة على عدم تطبيق أي تشريع أو قانون جديد، وعدم جواز قيام أي من الطرفين بإرادته المنفردة بتغيير نصوص العقد، وهو ما يؤدي إلى تقليص السلطات الاستثنائية لجهة الإدارة.

ثالثاً: عقود البوت من طبيعة خاصة، تعتبر عقود البوت عقوداً ذو طبيعة خاصة، حيث تستمد خصوصيتها من³:

1- من نظم قانونية مختلفة المنظمة لهذا العقد، فكل عقد ظروفه الخاصة، بحيث يصعب وضع قاعدة عامة مجردة تقضي بأن عقد البوت عقد من عقود القانون الخاص أو أنه عقد إداري، لذلك لا بد من تفحص كل عقد على حدى ووضعه تحت النظام القانوني الذي يحكمه، إذ أن النتائج قد تختلف من حالة لأخرى، أو بالأحرى من مشروع لآخر نظراً لإمكانية اختلاف طبيعة العلاقة القائمة بين شركة المشروع والسلطة المتعاقدة وبناءً على هذا التكييف الواقعي قد يعتبر عقد البوت تارة عقداً إدارياً إذا اجتمع عناصره، وتارة أخرى من عقود القانون الخاص⁴، بمعنى أن هذه العقود تخضع لأحكام القانون الإداري في نواحيه المتعلقة بتنظيم المرفق وإدارته وأسعاره المقررة، وتخضع في غير ذلك لقواعد القانون الخاص، شأنها في ذلك شأن باقي العقود.

¹ أ. السيد الحداد حفيظة، المرجع السابق، ص 469.

² نفس المرجع، ص 470.

³ نفس المرجع، ص 472.

⁴ د. عبد الحميد مفتاح خليفة، د. شلماني حمد محمد، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 51 و50.

2- أن طبيعتها الخاصة لا ترجع إلى كونها من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص، إنما تستمد هذه الخصوصية من موضوعها وارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة، فهي بذلك ذو طبيعة مختلطة¹.

الجدير بالذكر، أن الجزائر ومع فتح أبوابها للاستثمار الأجنبية عموماً، ومحاولة تبني فكرة عقود البوت، بالأخص في مجال استعمال الموارد المائية عن طريق امتياز الخدمة العمومية، ذهبت إلى اعتبار هذا النوع من العقود بأنها عقود القانون العام حيث نصت المادة 76 من القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه على أنه: "يسلم امتياز استعمال الموارد المائية التابعة للأموال العمومية للمياه، الذي يعتبر عقداً من عقود القانون العام لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص...".

المبحث الثاني: الأحكام القانونية المرتبطة بالعقد البوت.

تعتبر عقود البوت من العقود الملزمة للجانبين، ينتج عنها حقوق والتزامات متقابلة في ذمة كل من طرفيه، فحقوق والتزامات السلطة المتعاقدة تقابلها حقوق والتزامات شركة المشروع، كما تنبثق الالتزامات الرئيسية في عقود البوت من القاعدة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، مع ضرورة تزويد جهة الإدارة - باعتبارها سلطة عامة - ببعض السلطات لضمان سير المرفق العام بانتظام وباضطرار لتحقيق المصلحة العامة (المطلب الأول).

يقضي تنفيذ المتعاقد لالتزاماته باعتبارها واجب قانوني، أن يقوم بتنفيذها بحسن النية، لذلك فإن إخلال أحد الطرفين بأي الالتزامات التي يربتها العقد يتولد عليه توقيع الجزاء الذي يأخذ صوراً مختلفة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الآثار القانونية المترتبة عن عقد البوت

ترتب عقود البوت على طرفين العقد الآثار القانونية تتمثل فيما يلي:

الفرع الأول: التزامات وحقوق السلطة المتعاقدة

ترتب عقود البوت على الدولة بعض الالتزامات التي من شأنها أن تعمل على جلب الاستثمارات بصفة عامة، والاستثمار من خلال مشاريع البوت بصفة خاصة، وبالأخص أن اللجوء إلى إبرام هذا النوع من العقود يعني الاستعانة بالقطاع الخاص الأجنبي - عموماً -، ومن جهة أخرى يمنحها بعض الحقوق التي تتناسب والمقتضيات التي تطرحها هذه العقود.

أولاً: التزامات السلطة المتعاقدة: ومن ذلك ما يلي:

1- التزام الدولة بتوفير المناخ القانوني الملائم لاستقبال مشاريع البوت، تلتزم الدولة الراغبة في تطوير وإنجاز مشاريع البوت بتعزيز الثقة لدى المستثمرين الأجانب، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال توفير مناخ استثماري ملائم، عن طريق وضع إطار قانوني محكم يسمح بالاستثمار الخاص، ويكفل تحصيل عائداته. ويتبلور هذا الإطار أساساً في شكل قوانين تكبح أي إعاقة لمشاركة القطاع الخاص في مشاريع البنية الأساسية. كما يجب ضمان انتقال دور السلطة العامة من ممثل ومحتكر لهذه المشاريع إلى منظم لها.

¹ نفس المرجع، ص 51 وما بعدها.

2- التزام السلطة المتعاقدة بمساعدة شركة المشروع على تنفيذ العقد، تتعهد السلطة المتعاقدة بأن تقدم لشركة المشروع كل المساعدات الممكنة من أجل تركيزها على إقليمها، ويتم ذلك عن طريق منحها التراخيص اللازمة، أو تنشيط وتسهيل إجراءات الحصول عليها.

3- التزام الدولة بتوفير الحماية الكافية لشركة المشروع، تتضمن عقود الاستثمار عادة شرط الدولة المضيفة بتوفير الحماية المناسبة والكافية للاستثمارات التي يقيم على أراضيها، بل أن الدولة عادة ما تضع القوانين الخاصة المتعلقة بتشجيع الاستثمارات على إقليمها نصوصا تعزز تلك الحماية، فالاهتمام بتشريعات الاستثمار أمر ضروري، باعتباره أداة الدولة في التعبير عن سياستها نحو المستثمر في مجال البنية الأساسية وغيرها من المشاريع التنموية¹.

ثانيا: حقوق السلطة المتعاقدة، وتختصر في التالي:

1- حق السلطة المتعاقدة في الرقابة على عقد البوت، تتمتع الدولة في إطار سيادتها بسلطة الرقابة على الاستثمارات الأجنبية المنجزة داخل حدودها الإقليمية، وذلك في كل مراحل عملية الاستثمار، والهدف من ذلك هو توجيه هذه الاستثمارات لتحقيق أهدافها التنموية والمصلحة العمومية. كما يكتسي حق الرقابة في عقود البوت أهمية خاصة² بالنظر لطول مدة التشغيل والاستغلال من جهة، ومن جهة أخرى فإن التزام الشركة بإعادة المشروع بحالة جيدة عند انتهاء المدة المحددة للاستغلال، لا يمكن أن يتحقق إلا إذا سلمنا بحق الجهة الحكومية في الرقابة والإشراف والتوجيه على المشروع.

وتتم الرقابة على هذا النوع من العقود، من خلال تعيين أعضاء ممثلين للجهة الإدارية في مجلس إدارة الشركة صاحبة المشروع، بالإضافة إلى تنصاف الوزارات المختصة في الرقابة على المشروع وتأمين سلامته. هذا وتقرض العديد من القوانين، التزاما على مقدمي الخدمات العمومية بأن يزودوا جهاز الرقابة التنظيمية أو الحكومية بمعلومات دقيقة وفي حينها عن عملياتهم، وتمنح هذه الأجهزة حقوقا قد تتضمن توجيه الاستفسارات أو مراجعة الحسابات، بما في ذلك إجراء مراجعات تفصيلية للأداء والامتثال، وفرض جزاءات على الشركات غير المتعاونة، وإصدار أوامر قضائية أو اتخاذ جزائية لإنقاذ تقديم المعلومات³.

2- حق السلطة المتعاقدة في تعديل عقد البوت، عرفت سلطة الدولة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة جذلا فقها عميقا استقر على تمسك الدولة بموقفها الخاص بصفتها شخص ذو سيادة، إلى سلطة الدولة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة استنادا إلى امتيازات السلطة العامة، وذلك تحقيقا لمصلحة العامة⁴. ويرى البعض⁵ أنه إذا كانت العقود الإدارية تنص على حق الإدارة في تعديل العقد، باعتباره من الشروط غير المألوفة التي تميز العقود الإدارية عن غيرها من العقود، فإنه يمكن استخدام السلطة المتعاقدة لحقها في تعديل عقود البوت، خاصة وأنها تتضمن شروطا لائحية غير قابلة

¹ لقد تعددت تشريعات الاستثمار التي صدرت في الجزائر، ومنها بالأخص: مرسوم تشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 5 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، (ج.ر.ج. عدد 64، المؤرخة في 10 أكتوبر 1993). تطبيقا للأمر رقم 01-03 صدر المرسوم التنفيذي رقم 08-98 المؤرخ في 24 مارس 2008، يتعلق بشكل التصريح بالاستثمار وطلب ومقرر منح المزايا وكيفيات ذلك، (ج.ر.ج. عدد 16، المؤرخة في 26 مارس 2008).

² أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه، الجزائر، 2013، ص 359.

³ أكلي نعيمة، نفس المرجع، ص 359 وما بعدها.

⁴ حصابم سميرة، عقود البوت إطار الاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه، دمشق، 2011، ص 254.

⁵ نفس المرجع، ص 255.

للمفاوضة بشأنها مع الملتزم، فلإدارة سلطة تغييرها وتعديلها بما يتلاءم وحاجة المرفق، شريطة عدم المساس بالمزايا والضمانات المقررة للملتزم وفق الشروط المتفق عليها في العقد، التي تقتضيها الطبيعة الخاصة لعقود البوت. ويحق للملتزم الحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء التعديل وأدت إلى زيادة أعبائه¹.

الفرع الثاني: التزامات وحقوق شركة المشروع

أولاً: التزامات شركة المشروع: وتتمثل فيما يلي²:

1- التزام شركة المشروع بتصميم المرفق وتمويله وإنشائه، يمثل الالتزام الجوهرى لشركة المشروع في تصميم المرفق وإنشائه على نفقتها الخاصة، وفقاً للشروط والموصفات المتفق عليها. يعد هذا الالتزام التزام بتحقيق نتيجة، لذلك لا يكفي أن تثبت الشركة أنها قامت ببذل العناية الكافية لتنفيذ العمل، فقد جرى العمل الدولي على أن يقتصر دور جهة الإدارة في تحديد الموصفات العامة الوظيفية والغاية النهائية المرجوة من المشروع، كطاقته الإنتاجية وكفاءته الفنية والمواصفات البيئية، على أن تترك كافة التفاصيل لتحقيق هذه الغايات لشركة المشروع، وهو ما يؤدي إلى نقل مخاطر التصميم إلى عائق القطاع الخاص والاستفادة من خبراته.

2- التزام شركة المشروع بمدد التنفيذ، تحرص السلطة المتعاقدة جدياً على تضمين المشاريع المتعاقدة عليها بنظام البوت نصوصاً تحدد مدد التنفيذ، لتعلق هذا النوع من المشاريع بتأدية خدمة عامة للجمهور. وتدل عبارة مدد التنفيذ في عقود البوت على معاني ثلاث:

- المدة التي تلتزم شركة المشروع خلالها بإقامة المنشآت وتأمين الأجهزة، والمعدات اللازمة لاستغلال المرفق العام.

- الفترة التي تمنح لشركة المشروع لاستغلال المرفق.

- المواعيد الدورية لأداء الخدمات للمنتفعين بمرفق الامتياز، كموايد تسير القطارات والطائرات.

ترجع أهمية العنصر الزمني في عقود البوت لتحقيقها لنتيجة هامة تعد من أهم الآثار القانونية المترتبة على العقد، ألا وهي انتقال ملكية المشروع بعد انتهاء مدة الالتزام إلى الدولة، لذلك من الطبيعي أن يشكل تأخر المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته في الموعد المحدد خطأ عقدياً يوجب التعويض.

3- التزام شركة المشروع بالتنفيذ بنفسها، كقاعدة عامة يتم اختيار شركة المشروع في عقود البوت في إطار من المنافسة والعلانية والحياد، كما أن كفاءة المتعاقد وقدراته المالية والفنية وخبرته، من العناصر التي توضع في الاعتبار عند اختياره، هذا إلى جانب طول مدة تنفيذ العقد، كل هذه الأمور تضاعف من أهمية الاعتبار الشخصي في العقد.

¹ نص المشرع الجزائري، من جهته في المادة 86 من قانون المياه على: "يمكن في أي وقت كان تعديل رخصة أو امتياز استعمال الموارد المائية أو تقليصها أو إلغاؤها من أجل المنفعة العامة، مع منح تعويض في حالة ما إذا تعرض صاحب الرخصة أو الامتياز لضرر مباشر حسب الكيفيات المحددة في الرخصة أو دفتر الشروط". نص المشرع الجزائري على إمكانية تعديل التزامات صاحب الامتياز باتفاق مشترك وذلك في المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 08-114 المحدد لكيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز، حيث جاء فيها: "... يقوم الطرفان، باتفاق مشترك، بالتدابير والتعديلات اللازمة إذا رآها ذلك ضرورياً، بعد استشارة لجنة الكهرباء والغاز".

² أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 361.

4- التزام شركة المشروع بالتشغيل والصيانة، يقع على عاتق شركة المشروع بعد الانتهاء من إنشاء المشروع الالتزام بالتشغيل والصيانة.

5- الالتزام بنقل التكنولوجيا وتدريب العاملين عليها، تتضمن أغلب عقود البوت قواعد خاصة تلتزم شركة المشروع باستخدام أحدث وسائل التكنولوجيا الحديثة في بناء المرفق وتدريب العاملين الوطنيين على استخدامها، خاصة وأن هذه العقود من عقود الاستثمار لنقل التكنولوجيا.

6- الالتزام بنقل ملكية المشروع إلى السلطة المتعاقدة، تلتزم شركة المشروع بعد انتهاء الفترة التعاقدية بنقل المرفق محل العقد إلى الجهة الإدارية بحالة جيدة، ولطرفين أن يتقعا على تحديد مكتب خبرة لإعداد تقرير عن الحالة الفنية للمشروع، فقد جرى العمل الدولي على أن لا نقل صلاحية أصول المرفق للتشغيل بعد إعادة تسليمها على الدولة لمدة لا تقل عن نصف مدة العقد.

ثانيا: حقوق شركة المشروع، وتتمثل فيما يلي¹:

1- حق شركة المشروع في الحصول على المقابل المالي، يعد المقابل المالي في عقود البوت، سواء كان في شكل رسم أو في صورة ثمن، من الشروط التعاقدية التي لا يجوز تعديلها إلا باتفاق الطرفين، وذلك مراعاة لتكاليف إنشاء وإدارة المشروع. والقول بغير ذلك سيصعب على الدولة أمر جلب الاستثمارات الخاصة للمشاركة في إنشاء وتشغيل مشاريع البنية التحتية بنظام البوت من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذه المبالغ ستكون أقل من التعويضات التي يستلزم على الحكومة دفعها أمام هيئات التحكيم، جراء عدم تمكين شركة المشروع من الحصول على حقها في المقابل المالي المتفق، أو تعديله بصورة انفرادية.

2- الحق في الحفاظ على التوازن المالي للعقد، إذا كان لابد من منح الجهة الإدارية مانحة الالتزام مركزا متميزا باعتبارها سلطة عامة يقع على عاتقها مسؤولية تسيير المرفق العام، فإن هذا المركز لابد وأن تقابله حقوق للمتعاقد معها تعادله تطبيقا لمبدأ التوازن المالي للعقد، الذي أخذ بعدا متميزا في عقود البوت ليستهدف إيجاد التلاؤم الكامل بين مصالح الأطراف المتعاقدة، ويعادل كفة ميزان العقد بينهم، بتعويض المتعاقد في أحوال وشروط معينة، حتى ولو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة وذلك بتطبيق النظريات المشهورة في القانون الإداري في مجال العقود (نظرية فعل الأمير، نظرية الظروف الطارئة، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة).

المطلب الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات في عقد البوت

يعد تنفيذ المتعاقد لالتزاماته الناشئة عن العقد واجبا قانونيا تقتضيه اعتبارات العدالة و مبدأ حسن النية، لذلك فإن إخلال أحد الطرفين بأي من الالتزامات التي يربتها العقد، يترتب عليه توقيع الجزاء الذي قد يرد في صورة المسؤولية العقدية، كما قد يتجه الأطراف إلى وضع حد للعلاقة العقدية وفي هذا المجال يتم البحث عن مختلف وسائل الودية لتسوية المنازعات في عقود البوت قبل عرضها على القضاء ومن ذلك ذلك: التفاوض، التوفيق، الخبرة الفنية، المحاكمات المصغرة، التحكيم.

¹ أ كلي نعيمة، المرجع السابق، ص 187.

الخاتمة

تعتبر عقود البوت نظاما قانونيا جذابا ومغريا للقطاع الحكومي، يؤدي لجذب الرأس المال الخاص للمساهمة في تمويل وإقامة المشاريع العمومية، وهو ما يجعل التعاقد بنظام البوت أداة من أدوات جذب الاستثمار المباشر للمشاريع، كما يجعله أداة من أدوات جذب الاستثمار المباشر الأجنبي. وبالرغم من الأهمية العلمية التي يلعبها عقد البوت بنهوض بمشاريع تنموية إلا أن التجربة العلمية لها أثبتت نشوء مخاطر مالية واقتصادية على المستويين المركزي والمحلي ومنها:

- عدم وجود قانون خاص ينظم عقود البوت حيث أن غياب مثل هذه القوانين يؤدي في كثير من الأحيان إلى قيام المستثمرين باستغلال ضعف البنيان القانوني واعتماد الدول على أنماط التشريعات التقليدية في تحقيق مكاسب ضخمة على حساب اقتصاد الدولة.

- غياب الشفافية، ومغالاة المستثمرين في تقدير التكاليف الاستثمارية للمشروعات والهدف من ذلك فرض أسعار عالية على مستخدمي المشروعات بعد الانتهاء منها.

- قد يترتب على تشغيل بعض المشروعات أضرار بالأوضاع البيئية وهذا يقتضي من جانب الحكومات وضع اشتراطات تتعلق بالتوازن البيئي تكون كأحد شروط منح الامتياز.

- إن بعض المستثمرين قد يلجأون إلى استخدام معدات قديمة أو تكنولوجيا متأخرة نسبيا مما قد لا يوفر الجوانب الفنية لتكوين كوادر جديدة قادرة على استعاب المستحدثات الفنية ونقلها.

- إمكانية إهمال المستثمرين في صيانة المشروعات كلما قربت مدة انتهاء فترة الامتياز.